

LA DIFÍCIL REGULACIÓN DE INTERNET*

THE DIFFICULT REGULATION OF INTERNET

FRANCISCO TORTOLERO**

ÉTIENNE LUQUET***

RESUMEN: Aunque la oficina del Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la Organización de las Naciones Unidas efectuó, desde 2011, la *Declaración conjunta sobre la neutralidad del internet*, y el derecho universal de todo individuo a tener acceso a estos recursos tecnológicos, las intenciones de acceso libre han sido imperfectas, en parte por las diferencias que existen entre los diversos ámbitos regulatorios vigentes en cada país.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; libertad de información; regulación; acceso a Internet; derechos digitales; libre mercado; derecho comparado.

ABSTRACT: Even though the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression of the United Nations elaborated the *Joint Declaration to the Open Internet Access* in 2011, promoting the universal right of individual access to digital contents and freedom of information, the expected free access has not been fostered accordingly in every region of the world. The current regulatory frameworks are not the same from one country to the other.

KEYWORDS: Freedom of expression; regulation; access to Internet; digital rights; economic freedom; comparative law.

Fecha de recepción: 06/08/2019

Fecha de aceptación: 12/09/2019

* Esta es una segunda versión, corregida y aumentada apartir de la traducción de Anel Ortega del artículo publicado por los autores «Faut-il Réguler le Net? Quelques réponses constitutionnelles du domaine de la régulation et du fédéralisme Américain», en *International Journal of Open Governments*, vol. 5, 2019, pp. 33-48, disponible en: <http://ojs.imoder.org/index.php/RIDDN>.

** Profesor de Federalismo en la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

*** Abogado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), fundador de *Legal Lab Mexico Law & Tech* (www.lablegal101.com).

SUMARIO: I. El escepticismo de regular Internet. II. La regulación de Internet al paso del tiempo. III. Una regulación que se autoproclamó neutra; y sin embargo... IV. Los altos y bajos de la neutralidad de Internet: el *Open Internet Order*. V. Hacia una solución *infra* nacional en materia de regulación de la red VI. Conclusiones.



Desde hace unos cincuenta años las telecomunicaciones comenzaron a atraer la atención del Derecho Constitucional estadounidense con el propósito de facilitar los intercambios entre individuos (a partir de la base fundacional de la Primera Enmienda de la Constitución).¹

Aquello contrasta con la postura dominante en Europa, donde la regulación de lo digital se mantuvo ligada a elementos de la soberanía nacional.² En un segundo momento, la cuestión trazó un vínculo con otros principios, como la libertad de expresión y el secreto de las comunicaciones privadas.³ Posición que, dicho sea de paso, ha sido superada por la velocidad con que han evolucionado las nuevas tecnologías. Todos estos aspectos, que se contraponen a la lentitud inherente al proceso de creación e interpretación normativas, implicaron que cualquier posible regulación constitucional europea se centrara en la protección de las libertades. De suerte que se ha construido una división entre comunicaciones públicas y privadas, entre su asociación a la noción de libertades públicas y el respeto del derecho a la vida privada respectivamente.⁴

Sin tener la intención de ahondar en las ventajas o inconvenientes de la tendencia europea en relación con la estadounidense, o a la inversa, nos limitaremos a explorar dos manifestaciones de las nuevas tecnologías en los Estados Unidos que resultan susceptibles de control normativo a partir de instrumentos jurídicos tradicionales, como la regulación y el federalismo. Dado que estos dos elementos, parecen ofrecer elementos para un debate que parece apenas comenzar.

¹ En los Estados Unidos de América, el argumento se ha anclado en el derecho a informar mediante la prensa (*Vid.* Barron, J. A., “Access to the Press. A New First Amendment Right”, *Harvard Law Review*, núm., .80, 1967, p. 1641; Sullivan, K. M., “Two Concepts of Freedom of Speech”, *Harvard Law Review*, núm. 124, 2010, pp. 144-46).

² Desforges, A., “Les stratégies européennes dans le cyberspace”, A. Blandin-Obernesser, A., (ed.), *Droit et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2016, p. 81.

³ Touriño, A., *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Catarata, Madrid, 2019, p. 222.

⁴ Sobre el contraste entre la concepción europea y estadounidense (acentuada en la concepción francesa de las telecomunicaciones), véase O. Iteanu, O., *Quand le Digital Défie l'Etat de Droit*, Eyrolles, París, 2017, pp. 32-33.

En relación con los dos instrumentos jurídicos que analizaremos aquí, comprenderemos cómo la intención comercial de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, favorables a la implantación de “tarifas cero”, ha abierto el debate sobre la neutralidad del territorio de Internet.⁵ Estos precursores partieron de algunas tentativas de regulación establecidas por Congresos locales de los estados de la Unión Americana.⁶ Por ello, resulta importante comenzar por establecer el contexto de las resistencias estadounidenses en relación con la regulación de Internet.

I. EL ESCEPTICISMO DE REGULAR INTERNET

Por un lado, desde la posición liberal estadounidense, Internet es la fuente indiscutible de la cuarta revolución cognitiva porque ha catapultado la premienencia del mercado sobre el Estado, incluso logró desaparecer progresivamente las barreras entre los agentes individuales que encarnan la oferta y la demanda de información de las plataformas digitales.⁷ La regulación de esta actividad económica ha sido confrontada, desde su puesta en marcha, a una dificultad mayor, pues los reguladores han tenido que actuar en un medio donde segmentos del mercado tienen una inclinación a imponer prácticas monopólicas. Por ello, las normas se orientan principalmente a establecer límites a los actos de los agentes de la competencia económica, límites que se traducen en evitar sus abusos en lugar de los de una clientela tradicional de consumidores.⁸

Esta especie de centralidad de los medios de comunicación en el desarrollo de la revolución tecnológica, contrasta con la tradición jurídica continental europea reciente, que admite reservas en materia de regulación del mercado,

⁵ K. Collins, K., “Net Neutrality Has Officially Been Repealed. Here’s How That Could Affect You”, *New York Times*, 11 de junio de 2018, disponible en: <https://nyti.ms/2l2dEDB>.

⁶ Véase Hurwitz, J., Profesor adjunto de Derecho y Codirector del Programa de Derecho del Espacio, Ciberespacio y Telecomunicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nebraska ; Skorup, Brent, Becario investigador senior del Programa de Política Pública en Tecnología del Centro Mercatus de la Universidad George Mason; y Manne, Geoffrey A., Director Ejecutivo del Centro Internacional de Derecho y Economía de la Sociedad Federalista, disponible en: <https://bit.ly/2zRbq1d>.

⁷ Los derechos y obligaciones fueron construidos con la intención de garantizar un acceso universal a los servicios esenciales de Internet, pero sin disminuir la protección a sus consumidores ni establecer condiciones inequitativas, sesgadas o distorsionadoras del mercado propias del “monopolio natural”. Lyons, D. A., “Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications”, *Arizona Law Review*, vol. 54, 2012, pp. 1029-1033.

⁸ Kearney, J. D., y Merrill, T. W., “The Great Transformation of Regulated Industries Law”, *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, p. 1323.

lo que otorga mayor protección a las personas. Al analizar los medios de comunicación y el potencial inherente de intercambio de datos, la vieja noción de libertad de expresión sigue otorgando al Estado la responsabilidad de tutelar los derechos de las personas, como la garantía de igualdad y el principio de tolerancia.⁹ He ahí una razón por la que los europeos parecen aceptar de buena gana que dichos derechos sólo sean restringidos por un juez, siempre y cuando este último esté en situación de conciliar la libertad absoluta con los derechos de terceros.¹⁰ Al definir la libertad de expresión, las convenciones europeas retoman los textos fundamentales.¹¹

Sin embargo, un fenómeno reciente parece acercar ambas tradiciones jurídicas: la *uberización de la economía*.¹² Esta nueva realidad económica permite a dos particulares llegar a un acuerdo para intercambiar un bien o un servicio sin necesidad de intermediación pública.

De esta forma, un consumidor encuentra razones prácticas y económicas para interactuar con otro particular como él, sin requerir la intermediación del Estado. Para ello, se acudió a una aplicación tecnológica, por medio de la cual se controlan los pagos. La empresa tecnológica se encarga de arbitrar conflictos o diferencias y garantizar mecanismos de enlace entre el cliente y el prestador de servicios sobre la base de la auto-regulación. Estas empresas privadas determinan por sí solas las reglas del juego, la administración del esquema de intercambios, e imponen sanciones —en forma de castigos y recompensas

⁹ Price, M., y Stremmler, N., (eds.), *Speech and Society in Turbulent Times: freedom of expression in comparative perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

¹⁰ European Commission, “Annual Country Reports on Open Internet from National Regulators”, *Report Study*, 6 de julio de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2NGfPZR>

¹¹ A saber, el texto del artículo 4 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 (“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás”), y del artículo 10.2 del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley..”), los cuales hablan de las libertades públicas pero también de sus eventuales restricciones. Esos dos instrumentos establecen una garantía para los derechos de terceros, relacionada con el cumplimiento de condiciones específicas que permiten o no a las autoridades públicas intervenir cuando aparece o existe una amenaza para la preservación de la democracia.

¹² La *uberización*, término derivado del nombre de la empresa *Uber*, describe el fenómeno económico del uso de servicios que permiten a los profesionales y clientes ponerse en contacto directo, casi instantáneo, gracias al uso de las nuevas tecnologías. El neologismo fue utilizado por Maurice Lévy durante una entrevista al *Financial Times*, en diciembre de 2014, véase en: <https://fr.wikipedia.org/wiki/Uberisation>, consultado al 24 de abril de 2019 (N. de la T.).

comerciales basadas en la reputación del cliente—. Las empresas *Airbnb*¹³, *Blablacar*¹⁴ o *Cabify*¹⁵ representan los mejores ejemplos de este tipo de administración digital.¹⁶ Derivado de este esquema, que deliberadamente prescinde del estado, los europeos (algunos más que otros) se muestran preocupados por la disolución de una implícita soberanía digital.¹⁷

Frente a la creciente complejidad de los objetos tecnológicos, los intentos infructuosos de normalizar los comportamientos en Internet han tenido un efecto contraproducente, lo cual sugiere que se trataría de objetos imposibles de delimitar y, por tanto, de regular. Desde este punto de vista, los controles o reglas difíciles de concretar (por medios jurídicos, económicos o tecnológicos)¹⁸ han arrojado resultados débiles en términos de regulación del funcionamiento del ciberespacio.

¹³ *Airbnb* es una plataforma estadounidense que se define como un mercado comunitario para publicar, dar publicidad y reservar alojamiento entero, por habitación o compartido entre particulares por un precio económico en 192 países, dando importancia a la valoración o calificación que se otorgan mutuamente huéspedes y anfitriones, véase en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Airbnb> y <https://bit.ly/2vmyh2w> consultados el 24 de abril de 2019.

¹⁴ *Blablacar* es una plataforma francesa, que nació en 2009 y actualmente se usa en 19 países europeos, además de Brasil, México e India, que permite a las personas que se desplazan a un mismo lugar compartir un vehículo, organizar el viaje juntos y dividir gastos (combustible y peajes) sin que exista remuneración al conductor —aspecto prohibido en Francia—, con el fin de evitar una emisión extra de gases de efecto invernadero y usar con mayor eficiencia el automóvil, con oficinas únicamente en Francia y Rusia. En México debutó en 2017, véase en: <https://www.blablacar.fr/>, <https://es.wikipedia.org/wiki/BlaBlaCar>, <https://bit.ly/2PrXvpC> y <https://www.blablacar.mx/>, consultados al 24 de abril de 2019. (N. de la T.).

¹⁵ *Cabify* es una empresa española que apareció en 2011 ofreciendo conectar a usuarios particulares y empresas con medios de transporte según sus necesidades. Opera en 11 países de Iberoamérica. En México, tras las investigaciones del feminicidio de Mara Castilla ocurrido en septiembre de 2017, inicialmente la licencia del servicio para operar en el estado de Puebla fue cancelada y posteriormente recuperada en noviembre del mismo año. En abril de 2019 la empresa lanzó en España el servicio de patines eléctricos como alternativa para transporte en medios urbanos. Al respecto, cabe señalar que a partir de mayo de 2019 en la Ciudad de México entraría en vigor la regulación que obliga a esta plataforma y similares como *Uber* y *Didi* a tramitar una licencia tipo E-1 y pasar revista vehicular como unidad de transporte público, quedando bajo responsabilidad de las empresas presentar la revista de todos los automóviles registrados en sus plataformas, véase en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Cabify>, <https://bit.ly/2IFisNm> y <https://bit.ly/2ISOBjD>, consultados al 24 de abril de 2019. (N. de la T.).

¹⁶ Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'ubérisation: Étude annuelle 2017*, La Documentation Française, París, 2018.

¹⁷ P. Türk y C. Vallar (dir.), *La souveraineté numérique*, París, Mare et Martin, 2017.

¹⁸ S. Shipchandler, "The Wild Wild Web: Non-Regulation as the Answer to the Regulatory Question", *Cornell International Law Journal*, vol. 33, p. 435.

Por el escepticismo que se genera, y que no deja de propagarse en Europa (notoriamente, entre las generaciones más jóvenes), parece que reconforta la perspectiva norteamericana dominante, según la cual *nadie puede ser amo y señor de la Red*, lo cual está muy lejos de ser mentira.¹⁹ Es por ello que elegimos desarrollar y exponer en este artículo dos herramientas normativas (la regulación y el federalismo) que permiten abordar algunos aspectos digitales que previsiblemente irán adquiriendo un interés creciente en los años posteriores, muy a pesar del escepticismo que esto genera.

Tales resistencias a la regulación, más características de los Estados Unidos que de Europa, y las consecuencias jurídicas previsibles se relacionan con el almacenamiento y transmisión de datos (aunque también con el uso de inteligencia artificial, tanto para el análisis de información, como para la toma de decisiones puntuales a partir de algoritmos) son aspectos que resultan por demás inquietantes, pero rebasan lo que pretendemos exponer en esta oportunidad.²⁰ Baste mencionar que, para plantearlos, se deba regresar a conceptos básicos, como la determinación de las reglas aplicables a las cuestiones elementales del Derecho, incluso más allá de la *capacidad heurística*²¹ de las máquinas para la toma de decisiones.

Al respecto, revisaremos algunos aspectos de más fácil comprensión con el fin de analizar el alcance de la regulación; no de todas las características de Internet sino sólo del funcionamiento de ciertos servicios de tecnologías de la información en un punto determinado del tiempo. Nuestro análisis reviste un registro menos específico, cuya respuesta normativa implica un análisis común a varios principios generales del Derecho que han mostrado no ser inmunes a la revolución que hemos conocido desde el inicio del siglo XXI y en la cual Internet se ha convertido en la manifestación más importante de nuestra libertad de expresión y de acceso a la información, pero también en una manifestación de nuestra libertad económica dentro del mercado digital (que en nuestros días es el más importante y grande del mundo en términos de cifras globales de negocio y facturación), que se caracteriza por la necesidad de proteger sus propias condiciones de funcionamiento y de impedir toda tentativa de condicionar la libre circulación de información.

¹⁹ J. Goldsmith y T. Wu, *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 23-25.

²⁰ B. Hawadier, *L'avocat face à l'intelligence artificielle*, París, Livrinova, 2018.

²¹ En la psicología cognitiva, es una característica propia del comportamiento humano para descubrir, inventar o resolver problemas mediante pensamiento lateral o divergente, es decir, mediante la denominada "creatividad" (N. de la T.).

Una primera observación, prácticamente indiscutible, consistiría en afirmar que ninguna persona puede ordenar “apagar” Internet, como si se tratara del servicio de alumbrado público en determinadas calles de la ciudad, porque ningún control centralizado puede condicionar el funcionamiento de la red informática, ya que su evolución se encuentra ligada a códigos técnicos programados para garantizar su propia continuidad.²² Nadie se atrevería hoy a diseñar una estructura jurídica coherente y exhaustiva, adaptada a la arquitectura de Internet en su conjunto, porque la Red no encarna un objeto localizable en el tiempo ni en el espacio, condiciones básicas para el establecimiento de una norma jurídica, tal como las hemos conocido a lo largo de la historia.

Hay que partir de estos corolarios base: El lenguaje de los desarrolladores informáticos supera con creces cualquier estándar normativo. En el estado actual, no parece factible que el Derecho sea capaz de anticipar la manera en que los protocolos y códigos informáticos puedan evolucionar, mutar y adaptarse. En otras palabras, cualquier limitación que se imponga a Internet deberá concebirse a partir de la arquitectura intrínseca de la Red, en función de los valores atribuidos a la información que transmitimos en todo momento²³ y de la manera en que dicha información se almacena, transmite, utiliza, analiza y modifica, para poder volver a ser retransmitida, para recomenzar dicho ciclo.

Por consiguiente, desde que las nuevas tecnologías se han pretendido someter a regulación, las normas aprobadas parecen perder su fuerza, pues inmediatamente son rebasadas por el dinamismo evolutivo de los medios tecnológicos digitales. Por lo tanto, el legislador quedará siempre un paso atrás de los esfuerzos necesarios para limitar el uso de la tecnología.

Si se quisiera generar un cuerpo regulador del Internet perfectamente codificado, acaso se podría obtener un amasijo de reglas administrativas en materia de telecomunicaciones,²⁴ o tal vez un listado de determinados derechos de autor alineados a ciertos contenidos de derecho comercial o penal, cuyo conjunto podría, en el mejor de los casos, facilitar las transacciones comerciales en línea. Con todo y su simplicidad, el esfuerzo sería útil, si estuviéramos en condiciones de asegurar su permanencia.

²² L. Curtis Collins, *Corpus Linguistics for Online Communication: A Guide for Research*, Routledge, 2019.

²³ A. Gelbukh (coord.), *Computational Linguistics and Intelligent Text Processing: 18th International Conference, Budapest 2017*, Londres, Springer, 2 vol., 2018.

²⁴ M. A. LEMLEY & L. LESSIG, “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”, *48 UCLA L. Rev.*, pp. 925-930 (2001).

Desde el punto de vista del derecho continental europeo, parece que ninguna regulación sería concebible bajo el control de una entidad soberana, o incluso articulada desde el seno de una unidad territorial determinada que pudiera definir claramente la jurisdicción capaz de resolver los conflictos hasta ahora expuestos. Si insistiéramos en la necesidad de apuntar a este género de reglas para regular Internet, sería como si la realidad debiera seguir la forma de las leyes o como si el flujo de la información terminara siendo incorrecto frente a la norma.²⁵ La estructura jurídica resulta incapaz de responder a la misma velocidad de las evoluciones de los modelos de negocios y a las estructuras económicas que nacen en el mundo digital.

A pesar de lo anterior, la progresiva regulación al Internet parece contradecir a los escépticos señalados. A continuación, exponemos algunos aspectos interesantes del camino iniciado por los norteamericanos convencidos de la imposible regulación de la web, que contrastan con el afán de sanción y regulación, más común entre los europeos.

II. LA REGULACIÓN DE INTERNET AL PASO DEL TIEMPO

Los estadounidenses han apostado por el acceso universal a Internet, a partir de la idea de que es la herramienta más importante para el desarrollo económico de un país. En efecto, desde finales del siglo XX, la asociación entre Internet y derechos humanos respondía al espíritu de la libre circulación de ideas, incluso en un sentido igualitario, correspondía a una cierta idea de democracia predominante en esa época.²⁶ Lo que favorece un Internet abierto (bajo el concepto de *Open internet*) y modos de funcionamiento esencialmente desregulados; era una herramienta que idealmente se encontraba libre de toda interferencia.²⁷ Mucho antes del surgimiento de la inteligencia artificial y de los problemas jurídicos asociados a ella, el aire de los tiempos impulsaba el intercambio entre interlocutores inteligentes que se comunicaban por medio de “tubos tontos (*dumb pipes*)”.²⁸ La única garantía que en ese entonces podíamos exigir, en tanto

²⁵ Thomas I. Emerson, “The Affirmative Side of the First Amendment”, *Georgia Law Review*, núm. 20, 1981, pp. 795 y 796-98.

²⁶ G. Ziccardi, *Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age*, Nueva York, Springer, 2013.

²⁷ L. Belli et P. De Filippi (eds.), *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Nueva York, Springer, 2018.

²⁸ De la expresión “*dumb pipes*”, comprensible en una época en la que Internet se anunciaba, por definición, como un medio de transmisión de datos desregulado. Véase L. Lessig, *Code: version 2.0*, Nueva York, Basic Books, 2006, pp. 1-82.

usuarios de esa red física, era tener a disposición todos los medios tecnológicos equivalentes, acaso para resolver problemas como la comunicación entre una Mac y una PC. Así, se nos anunciaba un escenario ideal frente a un mundo que parecía seguir operando en un registro analógico.

No obstante, las primeras regulaciones de Internet se centraron en la tutela de diferentes aspectos de los derechos fundamentales. Para finales de los años 90, las primeras medidas legislativas en el sistema federal estadounidense se centraron principalmente en el comercio electrónico y en línea, en reacción a los constantes fraudes y manipulación de datos personales que sufrían los consumidores.²⁹ No debe pasarse por alto que, con el fin de evitar una fragmentación normativa o cualquier tipo de discriminación legislativa en el trato dado a los usuarios de Internet en los diferentes Estados de la Unión, la lógica fue simple: la regulación debía ser federal.

Así, las leyes creadas se enfocaron en la protección de la vida privada, la propiedad intelectual y el comercio electrónico. Sin embargo, la protección fue construida en función de los márgenes de maniobra (bastante limitados) que tenían los proveedores de servicios informáticos y no en función de la tutela de los usuarios de internet, pues las empresas de comercio electrónico habían

[La expresión corresponde al principio *smart endpoints and dumb pipes*, que se deriva del diseño de microservicios (que es una forma no precisa ni unívoca de describir un tipo específico de diseño de aplicaciones de software percibidas como independientes, con características similares en cuanto a capacidad empresarial, implementación automatizada, inteligencia en los puntos finales y control descentralizado de idiomas y datos, término que surge entre 2011 y 2012). Originalmente el principio es inverso a esa expresión, mismo que se refiere al uso de un esquema descentralizado para las comunicaciones por medio de equipos que trabajaban en paralelo en diferentes aspectos de una estructura sin romper otros componentes, es decir, los componentes del sistema usan una “tubería” (o vínculo) para comunicarse entre ellos y esos vínculos fluyen a través de un ESB que “trata” en diferentes niveles esos mensajes (hace revisiones de seguridad, enrutamiento, flujos de validación, o les transforma) para posteriormente enviarles a uno o varios puntos finales, que pueden ser “tontos” porque el ESB hace todo el trabajo por medio de sus “tuberías inteligentes”; por lo tanto, la expresión contraria indica una situación en que los canales de comunicación han sido desprovistos del procesamiento lógico y, por tanto, se limitan a distribuir mensajes entre componentes, dejando a esos puntos finales la tarea de realizar el procesamiento entero (de ahí que se considere “tonta” a esa infraestructura de tuberías), con lo cual los componentes se caracterizan por propiedades de reemplazo y actualización independientes, siendo los puntos los que pueden reescribir un componente sin afectar a sus colaboradores. Véase J. Lewis y M. Fowler, “Microservices: a definition of this new architectural term”, en: <https://bit.ly/2jGMDXV>

²⁹ Véanse la *Ley de Decencia en las Comunicaciones* (Communications Decency Act, CDA, de 1996 (47 U.S.C. § 230 (2012)) y la *Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital* (Digital Millennium Copyright Act, DMCA, de 1998 (17 U.S.C. § 512 (2012)).

puesto en práctica un modelo de empresa que albergaba y empleaba contenidos e informaciones personales autogeneradas por dichos usuarios.

En una segunda etapa, la legislación comenzó a definir los alcances de un “puerto seguro” imponiendo disposiciones de seguridad (*safe harbor provisions*) que limitaban la responsabilidad patrimonial de los proveedores de internet al distinguir sus actos respecto de posteriores manipulaciones de datos personales que hacían otros operadores, léase otros particulares.³⁰ Los usuarios se veían obligados a *confiar* en proveedores digitales porque ellos eran los únicos responsables de la información compartida; no obstante que tales prestadores fueran proclives a prácticas monopólicas. No fue casual que las medidas de esta etapa se entendieran como una *protección del buen samaritano* porque cada proveedor podía bloquear *de buena fe* los contenidos no deseados.³¹ Derivado de sus características, se pueden considerar medidas preventivas, al enfocarse en situaciones de transgresión de derechos de autor, siempre que fueran actos atribuibles a un cliente del proveedor.³² La legislación debía entonces continuar su evolución, hasta el reconocimiento federal de un derecho personal y exigible frente a todo acto derivado de acciones de los proveedores de internet, sobre todo cuando un tercero obtenía un beneficio por utilizar la información y datos personales de los usuarios.

Ese cambio dio paso a un tercer momento, cuando apareció el principio de “Neutralidad de la red”, cuando tras la proliferación de servicios de telefonía móvil, todos los proveedores de servicios de internet tuvieron que garantizar un trato igualitario de los materiales digitales disponibles en la red.³³ Actualmente es posible ver cómo ese carácter neutral, deseado por los reguladores de varios países, engendró una complejidad significativa e hizo que los estadounidenses volvieran a pronunciarse a favor de una desregulación casi absoluta de Internet, que coincidió con el inicio de la administración y la llegada al poder de Donald Trump.

³⁰ Caso *BWP Media USA, Inc. v. Clarity Dig. Grp., LLC*, 820 F.3d 1175, 1177-78 (10th Cir. 2016).

³¹ En algunas ocasiones ocurrieron excesos en dichos bloqueos, debido al carácter totalmente discrecional en los márgenes de apreciación de esos contenidos. En 2008, una Corte de apelaciones consideró muy invasivos los actos del sitio *Ebay.com* y ordenó retirar la oferta de ciertas monedas de una lista de subastas, por considerarlas falsificaciones (Véase la resolución del caso *National Numismatic Certification v. eBay* 47 U.S.C. § 230(c)(2). 455.

³² Caso *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 330 (4th Cir. 1997).

³³ La expresión no apareció sino hasta quince años después en Wu, Tim, “*Network Neutrality, Broadband Discrimination*”, *Journal on Telecomm & High Tech*, vol. 2, 2003, p. 141.

III. UNA REGULACIÓN QUE SE AUTOPROCLAMÓ NEUTRA; Y SIN EMBARGO...

El 1 de junio de 2011, cuatro mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión (representantes de los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel universal, europeo, africano y americano) hicieron una declaración conjunta, para pronunciarse sobre la neutralidad de Internet,³⁴ bajo el postulado de que su acceso forma parte de los derechos humanos.³⁵

Al respecto, los países de Europa continental han ido instaurado reglas precisas para garantizar que la libertad de expresión y el derecho a difundir libremente información no se vean comprometidos por las fuerzas del mercado ni por los proveedores de Internet.³⁶ Aunque la manifestación jurídica de la aludida neutralidad comenzó a encontrar algunos puntos de apoyo tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, también sucedió en India,³⁷ pero ese progreso de integración se detuvo cuando *Facebook* lanzó su iniciativa *internet.org*³⁸ en ese país.

³⁴ “El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación”, *Declaración Conjunta sobre la Libertad de expresión e Internet*, suscrita por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de opinión y de expresión, la Representante para la Libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), numeral quinto “Neutralidad de la red”, inciso a). Disponible en el portal de la OSCE: <http://www.osce.org/fom/78309>

³⁵ N. Olivarez-Giles, “United Nations Report: Internet Access is a Right”, *L.A. Times*, junio de 2011 en: <https://lat.ms/1yH7uH4>.

³⁶ K. McCarthy, “Council of Europe Gets Tough on Net Neutrality: No Blocking, Slowing Down, Degrading or Discriminating of Internet Traffic” en *The Register*, 13 de enero de 2016 en: <https://bit.ly/2gPqDEA>

³⁷ Q. O’Reilly, “The EU Has Plans for an Open Internet, but What Does It Mean?”, *The Journal IE*, 11 de julio de 2015 en: <https://bit.ly/2fKpYp0>, <https://perma.cc/NTY6-SP63>.

³⁸ Lanzada el 20 de agosto de 2013, actualmente denominada “*Free basics by Facebook*”, es el resultado de una asociación entre proveedores de *social networking services*, concretamente Facebook y diversas compañías de servicios de internet móvil, para dar acceso gratuito a una selección de sitios web mediante la aplicación móvil *Free Basics* para *Android* o visitando su sitio: <https://0.freebasics.com/> desde el móvil con algunos proveedores. Ofrece servicios en otros idiomas que no sean inglés, diseñada para países en desarrollo o economías emergentes en África, América Latina y Asia, criticada en general por utilizar el modelo de gratuidad o *tasa cero (zero-rating)* y en India, Indonesia, Brasil, Bolivia, Colombia y Panamá por considerar que contraviene el principio de Neutralidad al atentar contra la privacidad, generar categorías

En particular, a principios de 2015, los operadores de la red en India aceptaron una propuesta de *Facebook*: la multinacional ofrecería un producto informático de “auto servicio” denominado *Free Basics*.³⁹ Por medio de la plataforma *internet.org* concebida por *Facebook* en el marco de su estrategia de expansión en África, Asia y América Latina, un número restringido de contenidos y de servicios en línea se ofrecerían gratuitamente para algunas poblaciones en desarrollo.

Sin embargo, con el tiempo, se develó que la estrategia de esta falsa gratuidad fue imitada por muchos otros proveedores de internet, con intenciones más comerciales y estratégicas que altruistas. De esta suerte, *Wikipedia Zero*⁴⁰ propuso acceso gratuito y libre a sus contenidos en línea, lo que constituyó una fuente de información educativa con un interés nada despreciable. Por su parte, *Google Free Zone*⁴¹ se ofrecía también como navegador para acceso a contenidos

entre los usuarios, fomentar *un racismo económico*, no permitir *elegir* a las personas *qué es lo mejor para ellos* y producir competencia desleal por ser gratuita o no permitir el desarrollo tecnológico de nuevos softwares y aplicaciones (en India, donde el país ordenó su suspensión y optó por regular tasas diferenciales en servicios de datos). Los informes del Departamento de Telecomunicaciones de India “*Net Neutrality DoT Committee Report*” y “*Consultation Paper on Differential Pricing for Data Services*” (mayo y diciembre 2015), pueden ser consultados en: <https://bit.ly/2XPMd1o> y <https://bit.ly/2ISdY5P> (consultados al 30 de abril de 2019). Continúa en funcionamiento en Angola, Argelia, Egipto, Ghana, Kenia, Madagascar, Nigeria, Senegal, Sudáfrica, Tanzania, Zambia, Bangladesh, Birmania, Filipinas, Indonesia, Malauí, Irak, Pakistán, Bielorrusia, Bolivia, Colombia, Guatemala y Panamá. En Colombia y Guatemala permite navegación en 15 sitios, entre ellos, Unicef, UN Women y el portal de Reparación Integral de Víctimas, sin costo. Esta plataforma ha sido comparada con *Projet Loon* de *Google*, programa piloto que desde 2013 que proporciona acceso a internet en zonas rurales y remotas de Nueva Zelanda mediante una red inalámbrica 5G creada con globos de helio. Véase: <https://bit.ly/2XVbmaX>, <https://info.internet.org/en/>, <https://0.freebasics.com/> y <https://bit.ly/2VA39eU> (N. de la T).

³⁹ J. Russell, “Facebook Takes Internet.org and Its Free Mobile Data Services to India”, *Techcrunch*, 9 de febrero de 2015, disponible en: <http://techcrunch.com/2015/02/09/internet-org-india>

⁴⁰ Responsable de que toda la red sea gratuita y del acceso universal a sus contenidos educativos. Véase *Wikipedia Zero Operating Principles*, The Wikimedia Foundation, disponible en: <https://bit.ly/2gMk3jC> [<https://perma.cc/D4XG-9CZQ>]

⁴¹ Asegurando el acceso libre a *Gmail* y *Google+*. Véase *Press Trust of India*, “Airtel Ties up with Google to Offer Free Search, Google+ and Gmail Services”, *Gadgets360*, 26 de junio de 2013, disponible en: <https://bit.ly/2gdvt2b> <https://bit.ly/2Gjdf3w>

[*Google Free Zone* es una iniciativa emprendida por *Google* en colaboración con proveedores de servicios móviles de internet, para que esos últimos eximan de cargos de datos todo acceso a algunos productos de la compañía, como *Google search*, *Gmail* y *Google+*; esa última desapareció en abril de 2019 y se prevé que *Google Hangouts* (el servicio de mensajería instantánea del correo) salga del mercado progresivamente a partir de octubre de 2019 y hasta 2020, siendo

educativos, aunque esto en nada riña con el hecho de ser el sitio que registra el mayor volumen de búsquedas en la Red a nivel mundial (incluidas las de tipo comercial). El dilema no es trivial: Si bien la estrategia de esas sociedades permite a 40 millones de usuarios disponer de un acceso gratuito a internet, sus detractores han señalado que esas plataformas son herramientas para el mantenimiento del *status quo* de los sectores desfavorecidos en el mundo, los que son susceptibles de ser controlados por medio de sus actos de caridad.⁴²

Sin profundizar en las modalidades de los acuerdos comerciales que permiten la existencia del acceso gratuito a los servicios de internet (estrategia comúnmente denominada “tarifa cero”), la neutralidad de la Red tendría que garantizar la libertad de expresión con el objetivo de evitar que los consumidores fueran sometidos a los intereses del mercado; de ahí que el acceso universal y la neutralidad podrían coexistir siempre que los operadores exonerasen a los usuarios del pago de sus servicios a cambio de condicionarlos a utilizar determinadas aplicaciones o servicios de internet.

La solución estadounidense se encuentra lejos de ser estrictamente *neutra* porque la estrategia comercial hasta ahora desplegada para imponer la exoneración de tarifas por servicios gratuitos tiene un dejo, una vez más, de prácticas monopólicas.⁴³ De la misma manera como los servicios de televisión por cable solían ofrecer paquetes que incluyen canales de “libre acceso” sin contemplar las preferencias individuales de los consumidores.⁴⁴

reemplazado por *Hangouts Chat and Meet*. Véase en: <https://bit.ly/2DFAMBM> y <https://bit.ly/2UjM7OX>. (Nota de la T.)

⁴² M. Murthy, “Poor Internet for Poor People: Why Facebook’s Internet.org Amounts to Economic Racism”, *Quartz India*, 17 de abril de 2015, disponible en: <https://bit.ly/2IQJLEf>.

⁴³ T. Risen, “Antitrust Rules or Net Neutrality: Which Should Rule the Web?”, *U.S. News & World Report*, 20 de junio de 2014, disponible en: <https://bit.ly/2GNnNPc>.

⁴⁴ De acuerdo con Russell, los partidarios de la neutralidad de la red creen que las leyes del monopolio y competencia por sí solas no son suficientes para la regulación de internet, porque los desencadenantes tradicionales de la regulación antimonopolio, como el precio, generalmente están ausentes, aunado a que sus defensores han indicado que la regulación antimonopolio tampoco protege adecuadamente los objetivos no económicos de dicha neutralidad, como la protección de la libertad de expresión y el debate político (“*[N]et neutrality supporters believe that monopoly and competition laws alone are not sufficient for Internet regulation because the traditional triggers of antitrust regulation, such as price, usually are absent on the Internet. Finally, net neutrality proponents explain that antitrust regulation would not adequately protect against the non-economic goals of net neutrality, such as the protection of free speech and political debate*” en *supra* “J. Russell, “Facebook Takes Internet.org and Its Free Mobile Data Services to India” en *Techrunch*, 9 de febrero de 2015, disponible en: <http://techrunch.com/2015/02/09/internet-org-india>”).

Cada vez son más las empresas que se apropian de los datos personales y de las preferencias individuales de sus clientes al resguardar los registros de sus consultas en línea, con la pretensión de ofrecer servicio gratuito. Esa tendencia no ha cesado de fortalecerse y parece que en el futuro continuará haciéndolo. De esta suerte, los proveedores siguen pretendiendo que no imponen cargos por sus servicios, pero suscriben acuerdos comerciales, que no tienen en cuenta la voluntad de sus clientes, con terceras empresas como *Spotify* o *Netflix*. En esos dos casos, la estrategia implementada fomenta entre los clientes la adquisición de suscripciones fijas que tienen por objetivo vender paquetes de contenidos (sobre todo películas y música) que con frecuencia son producidos por las mismas empresas. Los consumidores tienden a quedar cautivos en la medida en que pueden utilizar “gratuitamente” esas plataformas, ver o escuchar programas sin limitación, sin tener que utilizar el flujo de datos mensual autorizado en sus paquetes de servicios de telefonía móvil.

En contrapartida, si los usuarios utilizan plataformas competidoras (en nuestro ejemplo, *Google Play* o *Amazon Prime Video*), los propios consumidores deberán servirse de su consumo mensual de datos para poder acceder a aquellos contenidos en línea.

Dado que en los Estados Unidos, cuatro proveedores de internet dominan el mercado desde 2013⁴⁵ y que el éxito de la oferta de servicios de música en línea se mantiene desde 2015, una proyección muestra que al 2019 existirán 1,500 millones de usuarios de Internet que dependerán de los contratos de tarifa cero. A nivel mundial, la neutralidad de la Red, que supondría garantizar un acceso idéntico a todas las plataformas similares, enfrentará nuevos problemas.⁴⁶

⁴⁵ J. Espelien, “All’s Fair in Love and War: T-Mobile, Amazon, and the Future of Net Neutrality”, *The diffusion group research*, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://bit.ly/2GU9JV9>

⁴⁶ La tasa cero se vuelve una técnica discriminatoria cuando los operadores de telecomunicaciones permiten a sus clientes acceder para seleccionar en línea contenido o servicios sin costo adicional, a través de un acuerdo previo con los proveedores de esos contenidos, de forma que los sitios seleccionados son calificados con un costo cero para dichos clientes, pero mediante la violación de la esencia de la neutralidad de la Red, principio que para ser respetado requiere no discriminar entre diferentes contenidos y aplicaciones (“[z]ero rating’ is [a] discriminatory technique where telecom operators allow customers access to select online content or services at no additional cost through a prior arrangement with content providers. The selected sites are rated at zero cost to the customers, violating the essence of net neutrality, which requires non-discrimination between different content and applications”, K. VIPAL SINGH, “Permit Zero-Rating Schemes for a Limited Period”, *The Financial Express*, 9 de julio de 2015, disponible en: <https://bit.ly/2e0Opz2> y <https://perma.cc/4F7TF87P>).

En el mismo orden de ideas, desde que *internet.org* que comenzó a brindar sus servicios en la India, la autoridad administrativa reguladora de las telecomunicaciones de ese país decidió prohibir las tarifas diferenciadas (comprendidas las de tarifa cero) desde febrero de 2016. Para ese entonces, algunos países ya habían previsto la prohibición o la restricción de ese tipo de cobros diferenciados.

De forma posterior han surgido olas de protestas en la propia Red en diferentes países. La principal preocupación expresada se relaciona con la orientación del servicio ofrecido por *Facebook*, que se ha convertido en un filtro de contenidos de Internet, que ha afectado a millones de usuarios de telefonía móvil en los países en desarrollo, lo que condiciona el desarrollo social, la libre competencia y la innovación en países enteros.

En el extremo opuesto, la agencia de regulación de Estados Unidos la *Federal Commerce Commission*) ha implementado condiciones que favorecen una aparente neutralidad de la Red, pero que dejan la puerta abierta a las tarifas cero.

Las autoridades norteamericanas, incluso en el periodo de la administración Obama, no habían permitido que el acceso a los servicios informáticos adoptara el estándar de las normas de protección internacionales relativas a los derechos humanos, con el fin de garantizar que la voluntad individual y la libertad de elección en el uso de la Red —es decir, la libertad de búsqueda de información—, no se encuentran condicionadas para las empresas que hubieren suscrito un acuerdo con los operadores de telefonía móvil que ofrecieran acceso gratuito a ciertos contenidos.⁴⁷ En virtud de la noción de *Internet abierto* (*Open Internet*), la legislación federal que fue votada en 2010 y 2015 durante la administración Obama, elaboró reglas para garantizar la libre transmisión de datos de extremo a extremo (*end-to-end*)⁴⁸ sin que existiera interferencia entre un interlocutor u otro. Entonces, la neutralidad norteamericana se fundaba en otras estrategias para reforzar la prevención de posibles excesos en los actos de los proveedores de servicios en relación con sus clientes.

En este aspecto, como en muchos otros, las tensiones han aparecido desde el inicio de la administración Trump, que abiertamente ha declarado desear reducir los controles impuestos a los proveedores de Internet. Los estadouni-

⁴⁷ Center for Democracy & Tech., “The importance of internet neutrality to protecting human rights online”, No. 5, 2013, disponible en: <https://bit.ly/2gcxAEb>

⁴⁸ M. A. Lemley, y L. Lessig, “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”, *University of California in Los Angeles Law Review*, vol. 48, 2001, pp. 925 y 930.

denses se han alejado de los nuevos tiempos en los cuales Internet y el principio de neutralidad constituyen exigencias inherentes a la protección de las libertades públicas, sin que aquello implique regresar a la noción internacional de derechos humanos. Por lo tanto, pareciera que el futuro de la protección ideal de dicha neutralidad se ha desplazado hacia los estados de la Unión, muy lejos de Washington D.C.

IV. LOS ALTOS Y BAJOS DE LA NEUTRALIDAD DE INTERNET: EL *OPEN INTERNET ORDER*

En el marco de la administración Obama, las modalidades de regulación de Internet se enfocaban en reducir el acceso desigual a la banda ancha, con un contraste profundo entre las áreas urbanas y rurales.⁴⁹ En 2010 y posteriormente en 2015, la *Federal Commerce Commission* (en adelante, FCC) intentó enmarcar la neutralidad de la Red mediante dos versiones del *Open Internet Order*.⁵⁰

La primera versión se definía por su carácter laxo sin hacer alusión a las tarifas cero, pero cinco años más tarde, la FCC definió los límites de los servicios de banda ancha fijos y móviles sobre la base de dos componentes principales: al establecer principios operativos y orientar ciertos comportamientos de los usuarios de Internet.

En el caso de la primera orientación normativa, estableció tres principios fundamentales que impuso a los proveedores de acceso a Internet para evitar la ruptura de la neutralidad: No bloquear (“*no blocking*”), No limitar o detener (“*no throttling*”) y No establecer pagos prioritarios (“*no paid prioritization*”).

No bloquear supone, para dichos proveedores de acceso,⁵¹ no imponer obstáculos ni impedir la circulación de ciertos contenidos (como software o aplicaciones).⁵² El principio de *No limitar o detener* implica no permitir ninguna

⁴⁹ White House, “*Net Neutrality: President Obama’s Plan for a Free and Open Internet*”, disponible en: <https://bit.ly/1xdiOy6>.

⁵⁰ Rules Protecting and Promoting the Open Internet, 80 *Fed. Reg.* 19,738, 13 de abril de 2015 (document retomando en 47 C.F.R. pts. 1, 8, 20), disponible en: <https://bit.ly/2frYDqL>.

⁵¹ Es decir, una persona involucrada en la prestación del servicio de acceso a Internet de banda ancha, en la medida en que esté involucrada, no deberá bloquear el contenido legal, las aplicaciones, los servicios o los dispositivos no dañinos, estando sujeta a realizar una administración de red razonable (“*A person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices, subject to reasonable network management*”, *idem*, p. 112).

⁵² Los diseñadores de plataformas pueden negarse a alojar ciertas aplicaciones en sus plataformas, mientras que los proveedores de Internet pueden bloquear ciertas aplicaciones para que no

degradación del tráfico de datos en Internet en relación con los contenidos y servicios identificados por los administradores de la Red.⁵³ Esto llevaba al tercer principio que impedía *autorizar cobros o pagos prioritarios* de tarifas orientadas a beneficiar un tipo de tráfico de datos en detrimento de otros. Eso último incluía utilizar técnicas como la modulación de banda ancha, jerarquización, reserva u otro tipo de filtro a cambio de un trato privilegiado de parte de un tercero.

Así, la legislación norteamericana intentó establecer un estándar para evitar posibles interferencias perjudiciales. Los proveedores de Internet no podrían delimitar el acceso a un contenido concreto con objeto de orientar los contenidos accesibles o de impedir el acceso a determinados servicios o redes en banda ancha mediante una diferenciación en la calidad del flujo de datos.⁵⁴ Sin embargo, desde el inicio, este espíritu de apertura de la ley no consideró otros aspectos que debieron ser cuestionados.

Por ejemplo, el *Open Internet Order* no estableció alguna regla vis-à-vis la posibilidad de que los proveedores de Internet utilizaran interconexiones,⁵⁵ susceptibles de difundir ciertos materiales audio visuales a velocidades de descarga aceptables.

transfieran datos a través de sus redes. Aquí es donde entran los reguladores: los reguladores deben garantizar que los proveedores y las plataformas no bloqueen sus puertas, sino que alojen todas las aplicaciones, promoviendo así la innovación y asegurando bajos costos de entrada (*“Platform designers can refuse to host certain apps on their platforms, while providers are capable of blocking certain apps from transferring data over their networks. This is where regulators come in: regulators can ensure that providers and platforms do not block their gates, but instead host all apps, thereby promoting innovation and ensuring low costs of entry”*). *Ibidem*.

⁵³ No debe degradarse el tráfico de datos en función del contenido, aplicación, servicio de Internet o uso de dispositivo no dañino, sujetándose siempre a una administración razonable de la red (*“[S]hall not impair or degrade unlawful Internet traffic on the basis of Internet content, application, or service, or use of a non-harmful device, subject to reasonable network management”*, *Idem*, p. 119).

⁵⁴ No deben interferir injustificadamente ni irrazonablemente con desventaja con: (i) la capacidad de los usuarios finales para seleccionar, acceder y usar el servicio de acceso a Internet de banda ancha o el contenido legal, aplicaciones, servicios o dispositivos de su elección, o (ii) la capacidad de los proveedores de vanguardia para hacer que el contenido legal, las aplicaciones, los servicios o los dispositivos estén disponibles para los usuarios finales. Debe realizarse una administración de red razonable (*“Shall not unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage (i) end users’ ability to select, access, and use broadband Internet access service or the lawful Internet content, applications, services, or devices of their choice, or (ii) edge providers’ ability to make lawful content, applications, services, or devices available to end users Reasonable network management”*, *loc. cit.*).

⁵⁵ Una interconexión ocurre cuando dos redes intercambian tráfico de datos entre sí y con otra (Gillula, Jeremy et Kit Walsh, *“The FCC is Keeping an Eye on Interconnection, But More Clarity is Needed”*, *Electronic Frontier Found*, 13 de abril de 2015, disponible en: <https://bit.ly/2Wec57K>).

Por otro lado, las tarifas cero tampoco fue claramente reguladas por esta legislación. De manera general, las reglas de operación tuvieron por objeto controlar “caso por caso”, sobre la base de un nivel de interferencia que pudiera ser calificado como “no razonable” según lo estipulado en cada contrato.⁵⁶ La complejidad en materia de vigilancia era considerable y la legislación carecía de flexibilidad y desincentivaba la innovación porque tendía a clasificar en la misma categoría a los proveedores de acceso a la Red y a los desarrolladores de nuevas tecnologías,⁵⁷ lo cual favorecía significativamente a los grandes proveedores de Internet en detrimento de las empresas más pequeñas y de las *Start Ups* de nueva creación.

Paralelamente, quedó pendiente la cuestión de la circulación diferenciada del flujo de datos que implicaba tratar las particularidades territoriales, diferenciando el acceso al servicio entre las zonas rurales y urbanas. Tras considerar la posición federal estadounidense, los estados tienen una opinión que, en algunas ocasiones, resulta más restrictiva respecto de la regulación federal de los servicios de internet.

Entre los países de la OCDE, Estados Unidos ocupa el décimo sexto lugar en cuanto al número de suscriptores por cada 100 habitantes: al 2014, el 84% de las personas contaba con acceso a Internet (de los cuales el 68% correspondía a acceso por medio de sus servicios de telefonía móvil) y el 70% de los hogares contaba con acceso a internet adicional por medio de servicios de telefonía fija.⁵⁸ El número de suscripciones a Internet a nivel nacional, por servicios de telefonía tanto móviles como fijos, ascendía a 100 millones.

Aunque esas estadísticas ya eran prometedoras hace cinco años, las particularidades territoriales o la diferencia entre las zonas rurales y urbanas, no aparecen en aquellos balances generales. Por ejemplo, volvamos a nuestra afirmación inicial, donde mencionábamos que el acceso a Internet forma parte del derecho fundamental a la libertad de expresión, que emana de la voluntad de los pueblos y del rechazo a toda forma de autoritarismo.⁵⁹ Cuando tomamos ese corolario, la evolución reciente del mercado muestra que la realidad está muy alejada de ese ideal de igualdad de acceso, a pesar de que fue constantemente promovido por la administración Obama, al pretender implantar una ausencia de toda referencia territorial (impuesta por la imposibilidad material

⁵⁶ *Open Internet Order*, párr. 152.

⁵⁷ *Idem*, párr. 138.

⁵⁸ OCDE, *Broadband Portal*, 19 de febrero de 2016, disponible en: <https://bit.ly/1cP4RGV> y <https://bit.ly/2GYquii>

⁵⁹ E. Mozorov, *The net delusion: the dark side of internet freedom*, Nueva York, Public Affairs, 2012.

de establecer fronteras a los servicios de datos informáticos). Actualmente, la era Trump se anuncia como el retorno a un espíritu formal de desregulación encarnada por la revocación del *Open Internet Order*, a pesar de que esté presente, hoy más que nunca, el debate por la regulación de Internet.

V. HACIA UNA SOLUCIÓN *INFRA* NACIONAL EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA RED

Entre las primeras instrucciones del presidente Trump, se encuentra la orden de instrucción contra los tres más grandes proveedores de Internet (*Verizon*, *AT&T* et *T-Mobile*) sospechosos de posibles faltas cometidas contra el *Open Internet Order*,⁶⁰ que habría sido solicitada desde enero de 2017. Posteriormente, sucedió la llegada de Ajit Pai como director de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC), abiertamente contrario a concebir el acceso a Internet como un derecho fundamental y quien en lo general se habría manifestado contra los principios de neutralidad de la Red.⁶¹ Así, la nueva administración anunciaba “el regreso a un Internet libre”,⁶² signo evidente de que el mercado habría de recuperar sus beneficios.

Sin embargo, a pesar de la campaña por la preservación del esquema regulatorio liderado por varias organizaciones de la sociedad civil y respaldado por 28 millones de firmas,⁶³ el 14 de diciembre de 2017 fue establecido un esquema federal desregulado, que además de suprimir definitivamente el *Open Internet Order*, reinstauró la concepción del acceso a banda ancha como un servicio de naturaleza privada y, por tanto, regulado por la Ley Federal de Comunicaciones.

De hecho, el sistema evolucionó, lo que en la actualidad, permite a los proveedores de internet, maximizar sus ganancias al imponer precios discriminatorios a las empresas de contenido de medios a cambio de velocidades de descargas más rápidas⁶⁴ o tratos preferenciales en la descarga de contenidos. Estos

⁶⁰ A. Pressman, “Trump’s FCC Moving to Kill Probes of Zero Rating by AT&T and Verizon”, *Fortune*, 3 de febrero de 2017, disponible en: <https://bit.ly/2GPrzLj>.

⁶¹ Kang, “Trump’s FCC Quickly Targets Net Neutrality Rules”, *N.Y. Times*, 5 de febrero de 2017, disponible en: <https://nyti.ms/2XYIi2j>.

⁶² Comunicado de prensa de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, *Federal Communications Commission*), *FCC Acts to Restore Internet Freedom*, 14 de diciembre de 2017, disponible en: <https://bit.ly/2GYjeCT>.

⁶³ J. Brodtkin, “2 Million People - and Some Dead Ones - Were Impersonated in Net Neutrality Comments”, *Ars Technica*, 13 de diciembre de 2017, disponible en: <https://bit.ly/2OIrKqM>.

⁶⁴ Explorar las posibles consecuencias de la implementación, por parte de los operadores de red,

acuerdos popularmente denominados *pagar para jugar* (“*pay for play*”) otorgan privilegios a quienes pagan más, lo que discrimina a otros actores del sector, como ocurre con otros servicios, por ejemplo, en el caso de las autopistas o los servicios de acceso restringido.

Entre los especialistas, la proliferación de opiniones sobre las tarifas cero son comunes. Por un lado, sus detractores afirman que tienen un carácter discriminatorio porque afectan notoriamente a las *Start-ups*, que son incapaces de competir contra los grandes proveedores.⁶⁵ Por otro lado, otros sostienen que tras analizar diversos casos en los Estados Unidos, consideran que no existen consecuencias económicas medibles⁶⁶ porque Internet es gestionada, según ellos, por intermediarios.

No obstante el retorno de los beneficios para el mercado, en medio del ambiente pro desregulación del acceso a Internet, una ventana se abre para los estados de la Unión Americana inclinados a promover políticas igualitarias a nivel infranacional, que incluyan la noción de acceso como un derecho fundamental, incluso si van contra la voluntad de las agencias federales.

Después de 2018, más de la mitad de los Congresos locales en los Estados Unidos, exactamente 26 de ellos, comenzaron a analizar el rediseño de las regulaciones respectivas sobre la neutralidad de la Red, pero a nivel local.⁶⁷ En marzo de 2018, el estado de Washington fue uno de los primeros en aprobar su propio marco legal.⁶⁸ Posteriormente, en septiembre, el estado de California prácticamente reestableció la *Open Internet Order* de Obama, lo que provocó reacciones del Ministro de la Justicia Jeff Sessions, que calificó la ley local de *completamente ilegal*.⁶⁹ Oregón y Vermont igualmente reinstalaron el principio de

de enrutadores inteligentes con capacidad para realizar una profunda inspección de paquetes, facilita el monitoreo y la discriminación de datos a medida que esos paquetes transitan por la Red (“*Exploring the possible consequences of network operators’ deployment of “intelligent” routers capable of deep packet inspection, which facilitates comprehensive data surveillance and discrimination as data packets transit the network*”, N., R. et M. Mueller, “*The End of the Net as We Know It? Deep Packet Inspection and Internet Governance*”, *New Media & Society*, vol. 13, 2011, p. 1142).

⁶⁵ En la Universidad de Stanford, B. van Schewick, “Network Neutrality and Zero-rating”, 19 de febrero de 2015, disponible en: <https://stanford.io/2ZTgCb3>

⁶⁶ En la London School of Economics, D. Brake, “*Mobile Zero Rating: The Economics and Innovation Behind Free Data, Info. Tech. & Innovation Found*”, 10 de mayo de 2016, disponible en: <https://bit.ly/2VgvHuz>.

⁶⁷ H. Neidig, “*With Rules Repealed, What’s Next for Net Neutrality?*”, *The Hill*, 23 de febrero de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2GU2knQ>.

⁶⁸ J. Brodtkin, “*Why the First State with a Net Neutrality Law Isn’t Scared of Lawsuits*”, *Ars Technica*, 16 de marzo de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2IwsJbp> [<https://perma.cc/M933-TL9J>]

⁶⁹ *Wall Street Journal* del 30 de septiembre de 2018, disponible en: <https://on.wsj.com/2VafbaF>

neutralidad de la Red por medio de sus leyes locales, mientras que los gobernadores de Hawái, Nueva Jersey, Nueva York, Montana y Rhode Island, escogieron restaurar dicho estándar pero mediante la emisión de Órdenes Ejecutivas (*Executive Orders*). Así, una de las formas más eficaces de resistencia a las políticas de desregulación de la administración Trump proviene de los Estados de la Unión.

A pesar de que en 2018 la Corte Suprema declaró inadmisibile una queja presentada por la administración federal contra una resolución de 2016 del Tribunal Federal de Apelaciones —que hizo valer la *Open Internet Order* al resolver un asunto en el que garantiza un Internet libre y abierto, pero sin que su acción pueda anular la derogación general de dicho instrumento—,⁷⁰ el camino más eficaz para reestablecer la neutralidad de la red sigue recayendo en los Congreso locales. Pero la carrera aún continúa.

VI. CONCLUSIONES

Desde finales del siglo XX, la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos ha sido interpretada como un *derecho* respecto del cual el Estado tiene *obligaciones positivas*,⁷¹ las cuales le obligan a crear condiciones que garanticen un *trato en igualdad de circunstancias* para todas las manifestaciones y medios que permiten el ejercicio de la libertad de expresión, sin importar que ello se realice a nivel federal o local.

En particular, para la Corte Suprema de los Estados Unidos la intervención estatal en materia de libertad de expresión se justifica, en tanto los agentes gubernamentales permiten *aumentar* el número de voces y opiniones que son accesibles al público, posición existente entre sus precedentes desde 1919, cuando el Juez Oliver Wendell Holmes acuñó la expresión *mercado libre de ideas* (“*marketplace of ideas*”) en el caso *Abrams v. United States*.⁷² Cien años más tarde, la regulación de Internet se sirve de la noción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que considera el acceso a los servicios en línea como un derecho fundamental.⁷³

⁷⁰ L. Hurley, “U.S. Supreme Court ends fight over Obama-era net neutrality rules”, *Reuters*, 5 de noviembre de 2018, disponible en: <https://rent.rs/2WIPWDr>

⁷¹ F. Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, 1982, pp. 80-81.

⁷² Véase 250 U.S. 616, 630 (1919).

⁷³ Las formas más efectivas de censura hoy en día involucran entrometerse en la confianza y la atención, no en el discurso propiamente. Como resultado, esas formas no se parecen en nada a las antiguas medidas de censura. Ahora parecen campañas de hostigamiento, virales o

De tal forma, considerando que la Décima Enmienda de la Constitución americana atribuye a las constituciones estatales competencia en materia de defensa de derechos fundamentales, es posible imaginar un esquema de concentración de poderes en torno a las agencias del gobierno federal, basado en decisiones de los gobiernos locales.

De ser así, entonces la regulación de Internet o la ausencia de ello, quedaría lejos de ser impuesta y de depender de una instancia soberana y todopoderosa; tal vez se trata de fortalecer las políticas locales y, en ese campo, se abre una perspectiva desde el nivel federal para la creación de nuevas herramientas tecnológicas.

coordinadas, que se aprovechan de la dinámica de indignación viral para imponer un costo insoportable y desproporcionado en el acto de hablar. Parecen epidemias de desinformación, destinadas a socavar la credibilidad de las fuentes de información válidas. Parecen campañas de arrastre y distracción alimentadas por bots o fugas puntuales de materiales pirateados, destinados a atraer la atención de los medios tradicionales (*"The most effective forms of censorship today involve meddling with trust and attention, not muzzling speech itself. As a result, they don't look much like the old forms of censorship at all. They look like viral or coordinated harassment campaigns, which harness the dynamics of viral outrage to impose an unbearable and disproportionate cost on the act of speaking out. They look like epidemics of disinformation, meant to undercut the credibility of valid information sources. They look like bot-fueled campaigns of trolling and distraction, or piecemeal leaks of hacked materials, meant to swamp the attention of traditional media"*) en Z. Tufekci, *"It's the (Democracy-Poisoning) Golden Age of Free Speech"*, *Wired*, 16 de enero de 2018, disponible en: <https://bit.ly/2EL3fnH>).